



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL GIUDICE ISTRUTTORE PRESSO IL TRIBUNALE DI S.MARIA C.V., PRIMA SEZIONE CIVILE, dott. Giovanni D'Onofrio, in funzione di GIUDICE UNICO, ha emesso la seguente:

ORDINANZA

nella causa n° [REDACTED] del Ruolo Generale Civile dell'anno [REDACTED],
avente ad oggetto: ricorso ex art. 700 cpc.

Con ricorso d'urgenza [REDACTED] deduceva di aver contratto, dopo diversi anni di fidanzamento, matrimonio con [REDACTED] [REDACTED] avendo fissato la residenza in Caserta. Nel mese del 2017 al resistente era stata accertata una azospermia e nel 2018, dopo una serie di incomprensioni che avevano indotto il convenuto a proporre un ricorso di separazione, i coniugi si erano riconciliati e la coppia aveva deciso in pieno accordo di sottoporsi ad un ciclo di PMA (procreazione medicalmente assistita) presso l'ospedale di Roma. I coniugi avevano prestato il loro consenso informato in ossequio alle prescrizioni imposte dalla legge 40\2004 e il 18 maggio 2018 era iniziato il ciclo di PMA, proseguito fino al 18\2\2019, quando si era proceduto al prelievo degli spermatozoi del resistente e al prelievo ovocitario dell'ovaio con follicoli della ricorrente che erano poi stati inseminati in vitro. Effettuata l'inseminazione, non si era

proceduto poi all'impianto degli ovuli fecondati nell'utero della ricorrente per una grave emorragia interna diagnosticata come emoperitoneo per iperstimolazione ovarica per PMA dall'ospedale di Caserta, dove la ricorrente era stata ricoverata. Si era proceduto poi come per legge da parte dell'ospedale di Roma alla crioconservazione di 4 embrioni sani sugli 11 ottenuti, venendo mantenuti in vitro quelli affetti da anomalie irreversibili dello sviluppo.

Nel mese di aprile del 2019, su richiesta e consenso della coppia, gli embrioni erano trasferiti presso il centro Genesis Day Surgery Sterilità Della Coppia srl di Caserta con l'intento di procedere al successivo impianto, non appena lo avessero permesso le condizioni di salute dell'istante.

Il resistente aveva inviato nel settembre 2019 richiesta di separazione alla quale la ricorrente, ancora non ripresasi del tutto, aveva opposto a sua volta una domanda di separazione, avendo in pendenza del giudizio i coniugi ripreso a frequentarsi. Sebbene la ricorrente avesse tentato di convincere il marito di acconsentire alla pratica di scongelamento embrionale in vista del successivo impianto, aveva altresì proceduto a diffidare il centro Genesis a procedere comunque all'impianto degli embrioni anche in assenza del resistente, evidenziando di aver compiuto 43 anni, comportando il decorso del tempo l'aumento delle probabilità di insuccesso della terapia. Chiedeva pertanto che in via di urgenza fosse ordinato al centro resistente di portare a termine la prestazione affidatagli di procedere all'inserimento in utero degli embrioni crioconservati e in custodia presso il centro sulla persona della ricorrente. Rilevava la sussistenza dei presupposti di fumus boni iuris e periculum in mora, non potendo ex art. 6

della persona ex artt. 2,13 comma 1 e 32 della Costituzione , ledendosi il diritto del padre di non procreare ovvero il diritto ad una paternità non imposta , oltre che il diritto del nascituro alla doppia figura genitoriale. Non costituendo dato scientifico assoluto l'affermazione della preclusione ad una futura gravidanza per l'età , concludeva per il rigetto del ricorso .

Si costituiva infine il Genesis Day Surgery e sterilità della coppia che evidenziava come fosse necessario il consenso informato di entrambi i genitori per ogni fase di applicazione delle tecniche di pma , negando la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 700 cpc. All'udienza dell'undici settembre del 2020 , il giudice riservava la decisione con la concessione alle parti di giorni 10 per note illustrative.

Il ricorso è fondato e va accolto.

Parte ricorrente formula domanda di ordine al centro Genesis di procedere all'inserimento in utero degli embrioni crioconservati e in custodia presso il centro sulla sua persona.

Parte resistente si oppone , assumendo di aver revocato il consenso e ponendo una serie di questioni processuali e sostanziali.

Quanto all'ammissibilità dell'azionato ricorso d'urgenza occorre in linea generale rilevare che , come chiarito in dottrina, l'art. 700 cpc è delineato quale mezzo di tutela giurisdizionale pienamente soddisfattiva , essendo ritenuto ammissibile in giurisprudenza l'uso del ricorso di urgenza volto all'adempimento di un facere infungibile, essendo nella specie il procedimento intentato funzionalmente collegato alla domanda di merito relativa al diritto della ricorrente di ottenere l'impianto degli ovuli crioconservati e alla domanda di risarcimento dei danni

asseritamente causati dal ██████████ per aver tentato di impedire il prosieguo dell'attività di pma da parte dell'attrice in violazione del consenso già prestato all'inizio della prestazione medica.

È nella specie pacifico ed incontestato che entrambe le parti abbiano reso il proprio consenso informato alla pma e che si sia proceduto anche ad iniziare il ciclo col prelievo degli spermatozoi del resistente e dell'ovocitario dell'ovaio con follicoli della ricorrente che erano poi stati inseminati in vitro. Effettuata l'inseminazione non si era poi proceduto all'impianto degli ovuli fecondati nell'utero della ricorrente per una grave emorragia interna diagnosticata come emoperitoneo per iperstimolazione ovarica per PMA dall'ospedale di Caserta.

Essendo pacifico che sia intervenuta la fecondazione dell'ovulo in vitro, sul presupposto del consenso informato espresso da entrambi i genitori alla pma, occorre altresì considerare che la normativa di riferimento è contenuta nell'ambito della legge n. 40\2004 e in quest'ambito le regole attributive della genitorialità si leggono negli artt. 6 comma 3, 8 e 9 della innanzi citata disposizione legislativa (anche la giurisprudenza di legittimità ha sposato l'opinione che la disciplina della filiazione nella procreazione medicalmente assistita configuri un sistema alternativo rispetto a quello codicistico: vedi in tal senso Cass. 2019\13000). Dopo la fecondazione dell'ovulo, avvenuta nella specie, l'art. 6 comma 3 non ammette più la revoca del consenso alla procreazione assistita e l'art. 8 attribuisce a siffatta volontà - irrevocabile - funzione determinativa della maternità, della paternità e dello status di figlio. Si esclude per ciò solo la rilevanza di comportamenti e di eventi successivi alla fecondazione dell'ovulo

dal momento che , come è stato autorevolmente chiarito, la procreazione medicalmente assistita comporta un'autonoma (rispetto al codice civile) e irreversibile determinazione della maternità , della paternità e dello status del nascituro - fin dal momento della fecondazione dell'ovulo - in quanto tutti fissati sulla base di una volontà irrevocabile alla quale l'ordinamento riconduce effetti non modificabili con comportamenti sia commissivi che omissivi della coppia o del singolo genitore. Più precisamente, la legge 40\2004 rende ininfluenti non solo i comportamenti ma anche gli eventi intervenuti dopo che il consenso della coppia sia divenuto irrevocabile : "la libertà di procreare si è esercitata e si è esaurita con la fecondazione" , ammettendo la legge la libertà di ripensamento solo fino alla fecondazione medesima.

Il dibattito in dottrina e giurisprudenza sul punto anteriormente all'entrata in vigore della legge 40\2004 si concentrava sulla legittimità della revoca fino al momento dell'impianto , ritenendosi che l'annidamento dell'embrione e l'inizio della gestione radicassero in via definitiva la genitorialità , avendo la legge del 2004 mutato radicalmente il quadro con l'anticipazione dell'irrevocabilità al momento della fecondazione dell'ovulo in vitro. Né può dubitarsi della costituzionalità della norma che secondo la prospettazione di parte resistente sarebbe in contrasto col diritto del resistente alla non paternità. Sul punto soccorre la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 6 già operata dal giudice di legittimità secondo cui "consentire la revoca del consenso, anche in un momento successivo alla fecondazione dell'ovulo, non apparirebbe compatibile con la tutela costituzionale degli embrioni , più volte affermata dalla

Consulta" (vedi in tal senso Corte Costituzionale 151\2009 e 229\2015). In particolare, il giudice delle leggi, con la sentenza n. 162\2014 in materia di fecondazione eterologa, escludendo che la propria sentenza crei un vuoto normativo, precisa ed estende l'applicazione dell'art. 6 comma 3 anche alla fecondazione eterologa, potendosi condividere l'assunto del giudice di legittimità secondo cui è appena il caso di "precisare che la Corte Costituzionale , riferendosi esplicitamente alla disciplina del consenso, ne ha in sostanza attestato la conformità alla Costituzione" (vedi in tal senso Cass. 2017\30294 , estensore Dogliotti). Come poi chiarito dalle sentenze nn. 151\2009 e 229\2015 del Giudice delle leggi , la legge 40\2004 pone l'esigenza di tutelare la dignità dell'embrione al quale è riconoscibile un grado di soggettività correlato alla genesi della vita non certamente riducibile a mero materiale biologico , essendo espressamente riconosciuto il fondamento costituzionale della tutela dell'embrione, riconducibile al precetto generale dell'art. 2 della Costituzione , ritenuta suscettibile di affievolimento solo in casi di conflitto con altri interessi di pari rilievo costituzionale (come il diritto alla salute della donna) che, in termini di bilanciamento risultino , in date situazioni , prevalenti (vedi in questo senso Corte Costituzionale n. 229\2015) : con riguardo alla fattispecie in esame deve ritenersi prevalente il diritto dell'embrione a nascere e il diritto alla tutela delle esigenze della procreazione rispetto al diritto del genitore che, nell'esercizio della sua autoresponsabilità , ha comunque la facoltà di revocare il consenso al trattamento fino alla fecondazione, risultando in tale bilanciamento coerente il sistema che consente una limite alla

tutela dell'embrione esclusivamente nell'ipotesi di difesa delle esigenze della procreazione e di tutela del diritto alla salute della donna. Neppure può poi ritenersi meritevole di accoglimento l'argomento pure sollevato da parte resistente in ordine alla inesistenza dei presupposti soggettivi di fatto per ritenere configurabile nella specie la procreazione medicalmente assistita per essere la coppia ora in pendenza di separazione . Sul punto occorre in primo luogo rilevare che, secondo il disposto dell'art. 5 della legge 40\2004, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso coniugate o conviventi in età potenzialmente fertile , entrambe viventi . Deve convenirsi sul fatto che la legge non disponga sul tempo in cui debbano sussistere i requisiti dell'art. 5 , dovendo essere riservato all'interprete il compito di accertare in quale momento debba sussistere tra gli altri il requisito della coppia ai fini dell'accesso alla pma . Deve poi rilevarsi che l'art. 5 debba essere letto in stretto collegamento con l'art. 6 comma 3 in materia di consenso e della disposta irrevocabilità dello stesso posteriormente alla fecondazione . E' allora chiaro che la presenza della coppia coniugata è prevista quale condizione di ammissibilità per l'accesso al trattamento della pma , assumendo poi rilevanza assorbente su ogni altro profilo l'assoluta centralità del consenso come fattore determinante la genitorialità con le conseguenze connesse alla sua irrevocabilità posteriormente alla intervenuta fecondazione dell'ovocita come nella specie.

Con riguardo alla situazione del caso di specie, la coppia pacificamente esisteva nel momento in cui le parti abbiano dato il proprio consenso alla pma , poi reiterato fino a maggio del

2019 come dallo stesso resistente riconosciuto all'udienza dell'undici settembre del 2020. Va poi considerato, come autorevolmente sostenuto in sede di legittimità, che "la procreazione nella società della globalizzazione presenta un particolare dinamismo, subordinato agli interessi concreti che è volta a soddisfare, che addirittura, mediante l'applicazione delle tecniche della pma anche dopo la morte di uno dei due partners, finisce col superare il confine terreno dell'unità coniugale, ma che comunque non può prescindere dall'importante ruolo della responsabilità genitoriale che passa da esercizio di un diritto alla procreazione allo svolgimento di una funzione genitoriale". La genitorialità spetta dunque alla coppia che, sebbene separata, continua a funzionare sotto questo profilo, sebbene sia venuto meno quello coniugale, garantendo in ogni caso un padre ed una madre al nascituro (la giurisprudenza di legittimità arriva a sostenere, nel diverso caso di decesso del genitore che abbia prestato il consenso alla pma, il principio secondo cui "l'affermazione che nascere e crescere con un solo genitore integri una condizione esistenziale negativa non sembra potersi enfatizzare al punto tale da preferire la non vita": a maggior ragione, nell'alternativa tra il non nascere e il nascere in famiglia di genitori separati (ma pur sempre genitori) deve ritenersi prevalente la seconda opzione, essendo ormai chiaro che "la genitorialità è ormai concetto e situazione di fatto spesso staccata dal nesso col matrimonio e dalla famiglia"; in questo senso espressamente Cass. 2019\13000).

Né infine possono sussistere i dubbi adombrati dal resistente sulla validità del consenso della ricorrente in ordine al quale si adombrerebbero riserve mentali. Occorre evidenziare che le parti

hanno , al di là della movimentata storia coniugale, trovato una soluzione concorde nel procedere alla pma già pienamente attivata e sospesa per le documentate precarie condizioni di salute della ricorrente ora in grado di sottoporsi alle progressive fasi della procedura (come chiarito dal dott. **Maiellaro** "il lasso cronologico intercorso dalla crioconservazione dei gameti da impiantare in corso di procedura di pma avviata nel febbraio 2019 ad oggi è dipeso dalla necessità di stabilizzare clinicamente il quadro flogistico - emorragico pelvico determinato dalla iperstimolazione ovarica, di far rientrare il comprensibile disagio psichico della paziente - derivato dalle conseguenze della pma interrotta oltre che dalle correlate problematiche personali coniugali - , di trattare il sopraggiungere di intercorse infezioni vaginali ricorrenti ed infine di superare la fase emergenziale covid 10 con le annesse cadute logistiche organizzative assistenziali", risultando dal giugno 2020 l'istante nuovamente idonea al completamento del trattamento di pma).

Posta la piena validità del consenso da entrambi prestato , neppure infine può essere di ostacolo all'accoglimento del ricorso la giurisprudenza inglese sul caso Evans in cui veniva affermato il diritto a non proseguire nel progetto procreativo mediante manifestazione di volontà , avendo la Corte Edu , Grande Chambre ric. 6339\2005, in quella sede precisato che "nelle questioni relative alla PMA non vi è un ampio consenso fra gli Stati membri della Convenzione e, dato che si tratta di una problematica eticamente sensibile, la Corte riconosce agli Stati un ampio margine d'apprezzamento sull'an e sul quomodo della disciplina da adottare". Nel caso di specie, la legislazione britannica si pone su posizioni opposte a quella italiana , avendo una diversa

valutazione dell'embrione , non riconoscendo aspettativa di vita alla blastocisti.

Quanto infine al periculum in mora, deve ritenersi lo stesso sussistente dal momento che la possibilità di successo della pma variano sia in relazione alle caratteristiche degli embrioni , sia alle condizioni soggettive delle donne, sia infine all'età delle stesse il cui progressivo avanzare riduce gradualmente la probabilità di una gravidanza. Tenendo nella specie in rilievo l'età della ricorrente che ha superato i 43 anni, si pone la necessità dell'intervento in quanto l'attesa dei tempi del procedimento ordinario pregiudicherebbe in modo irreversibile le aspettative di maternità. Il ricorso va pertanto accolto con ordine a Genesis Day Surgery E Sterilità Della Coppia srl all'inserimento in utero degli embrioni crioconservati e in custodia sulla persona della ricorrente.

Quanto alle spese processuali la parziale novità della questione e la sua complessità consentono di compensarle integralmente tra le parti.

P. Q. M.

1°) accoglie il ricorso e per l'effetto ordine a Genesis Day Surgery E Sterilità Della Coppia srl di procedere all'inserimento in utero degli embrioni crioconservati e in custodia sulla persona della ricorrente;

2)compensa le spese di lite.

In Santa Maria Capua Vetere , 11.10.20.

Il giudice

dott. Giovanni D'Onofrio